Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

III.

Bemerkungen über die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel.

Von
v. Linde.

Die Lehre, daß nicht die Geſetze ſondern die Doctrin irgend eine, durch einen kurz ausgedrückten Satz angedeutete, Rechtsregel, aufgeſtellt habe, hat nicht nothwendig den Sinn, daß der Inhalt einer ſolchen Rechtsregel den Geſetzen fremd, oder ihnen gar widerſprechend ſei, ſondern es kann damit auch nur angedeutet werden, daß die Art, wie ein Inbegriff von Grundſätzen, Maximen, Regeln u. dgl. durch einen kurzen Satz ausgedrückt und dargeſtellt worden ſei, der Doctrin angehöre. In dieſem Sinne habe ich in einer, ſchon früher erſchienenen [1]), Abhandlung über die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel als Wirkung der Production, die Behauptung ausgeſprochen, daß nicht die Geſetze, ſondern die Doctrin das Axiom: testes et documenta per productionem fiunt communia aufgeſtellt habe. In jener Abhandlung iſt auch näher ausgeführt worden, inwiefern die Beſtimmungen der gemein- und partikularrechtlichen Proceßgeſetze das Axiom rechtfertigen, und worin der Inhalt der Rechtsregel eigentlich beſtehe. Dieſe ſelbſt iſt aber in ihrer Bedeutung, als eine, durch den Inhalt beſtimmter Geſetze und anerkannt gültiger prozeſſualiſcher Maximen, durchaus richtige Lehre, in einem kurzen Satze zweckmäßig ausgedrückt, vorausgeſetzt und behauptet worden; ſo daß der Hauptzweck jener frühern Abhandlung darauf gerichtet war, über Rechtsbeſtändigkeit, Bedeutung und Umfang des Axioms Beiträge zu liefern.

1) Zeitſchrift f. C. und P. VI. S. 383 f.

Dieſe, bis jetzt noch wenig bearbeitete, Materie hat in neueſter Zeit in dieſem Archiv eine weitere Erörterung, durch den Herrn Oberappellations- und Caſſationsgerichtsrath Heſſe zu Darmſtadt gefunden [2]). In dieſer Darſtellung iſt unſerm Axiom in der That alle Realität abgeſprochen, denn es wird darin auszuführen geſucht, 1) daß in den Geſetzen, welche für die doctrinell hergebrachte, in akademiſchen Vorträgen gelehrte und in die Praxis übertragene Rechtsregel angeführt worden, nichts weiter für dieſe wirklich Bezügliches enthalten ſei, als der Grundſatz: daß Niemand berechtigt ſei, in demſelben Prozeſſe das zu läugnen, was er bereits zugeſtanden habe, oder m. a. W., ſeine eigene Handlungen anzufechten, ein Grundſatz der auch unabhängig von den Beſtimmungen der Nov. 49. c. 2. allgemeine Anerkennung finde [3]); daß alſo 2) daß Axiom testes et documenta etc., geſetzlich nirgends fundirt, keine gültige Ableitungen geſtatte, ſonach alle aus demſelben hergeleiteten Folgerungen von ſelbſt zuſammen fallen, und 3) nur diejenigen Folgerungen beſtehen blieben, welche ſich aus der Rechtsregel, daß Niemand ſeine eigenen Handlungen anzufechten befugt ſein könne, ſo wie aus andern allgemein anerkannten Rechtsgrundſätzen ergeben, daß aber 4) bei Aufſtellung der Folgerungen aus jenem Axiom andere Bearbeiter, und namentlich auch ich, meiſtens zu weit gegangen, mehr der Doctrin als den Geſetzen gefolgt ſeien, und die Lehre nicht auf gewiſſe proceſſualiſche Grundſätze zurückgeführt haben, ohne deren ſtrenge Durchführung man in dieſer Materie nie ins Reine kommen würde [4]).

Dieſe Anſichten, Behauptungen, und die Art und Weiſe ihrer Begründung reichen ſehr weit, ſie führen die ſeitherige Theorie und Praxis über gewohnte Spur und Bahn auf einen Weg und zu einem Ziele, das den geſetzlichen Beſtimmungen

---

2) Archiv f. c. P. XXIII. S. 1. f.

3) Archiv a. a. O. S. 6.

4) Archiv a. a. O. S. 21.

und anerkannten prozeſſualiſchen Grundſätzen viel mehr zu widerſprechen ſcheint, als manche Folgerungen, die man ſeither wirklich aus dem in Frage ſtehenden Axiom abgeleitet hat, und ſie werden auf Grundſätze gebaut, die, wie es ſcheint, für unſern Gegenſtand entweder gar nicht anwendbar ſind, oder in zuläſſiger Anwendung zu andern Reſultaten führen, als die in der Heſſe'ſchen Darſtellung gefundenen ſind.

Hierin liegen Gründe genug, um den Gegenſtand wiederholt einer Reviſion zu unterwerfen, und Jemand, der ſchon einmal das Wort in der Sache genommen, iſt dann insbeſondere dazu berufen, wenn er nähere Erläuterungen ſeiner frühern Anſichten zu geben im Stande iſt, die aber, was ich gleich in der Einleitung nicht unerwähnt laſſen will, den Reſultaten der Heſſe'ſchen Darſtellung mich nicht näher führen, ſondern eher noch weiter davon entfernen.

Bei der Darſtellung im Folgenden werde ich die Ordnung einhalten, daß ich 1) unterſuche, inwiefern das durch die Doctrin aufgeſtellte Axiom in den Geſetzen fundirt iſt;

2) Bedeutung und Umfang des Axioms hervorhebe; ſodann daraus

3) folgere, welche Beſtimmungen zwar als Ableitungen des Axioms von Andern behauptet, aber doch nicht als Folgerungen daraus eigentlich betrachtet werden dürfen, und endlich

4) inwiefern die wirklich aus dem Axiom abgeleiteten Folgerungen mit andern proceſſualiſchen Grundſätzen in Widerſpruch ſtehen oder nicht.

Bei dieſen Betrachtungen ſollen alsdann die entgegenſtehenden, in dieſem Archiv insbeſondere niedergelegten, Anſichten eine nähere Prüfung finden.

Die Unterſuchung: inwiefern das in Frage ſtehende Axiom in den Geſetzen begründet ſei, habe ich ſchon in meiner angeführten frühern Abhandlung angeſtellt, die mit dem Ausſpruche der Anſicht beginnt, daß das Axiom ſelbſt nicht durch

die Geſetze, ſondern durch die Doctrin aufgeſtellt worden ſei; womit aber die Behauptung: daß es in den Geſetzen begründet ſei, nicht im Widerſpruche ſteht. Ich habe auf gleiche Weiſe, wie es auch von Heſſe geſchehen, dort auszuführen geſucht, daß die meiſten, für den Grundſatz in Bezug genommenen Stellen, ihn nicht begründen; daß aber — und darin liegt eine weſentliche Abweichung meiner Erklärung des Inhalts einiger Geſetzesſtellen von der gegneriſchen, — ſowohl der Inhalt der Nov. 49. c. 2. als des Fr. 26. §. 2. depositi, und des D. A. v. 1600 §. 28 [5]), dafür ſprechen: daß die producirten Beweismittel in einem beſtimmten, ſpäter näher anzugebenden, Sinne gemeinſchaftlich werden.

Es ſteht allerdings richtig: daß Nov. 49. c. 2. nicht von dem Inhalte der fraglichen Privaturkunde redet, nicht davon, daß der Producent einen Paſſus der Urkunde als nützlich für ſich angeführt habe, und darum auch einen andern ihm nachtheilichen Paſſus, zu Gunſten des Producten müſſe gelten laſſen, auch ſpricht ſie weder von directem oder indirectem Gegenbeweiſe, noch von einem Einredebeweiſe, welchen die Zeugen des Klägers unterſtützen könnten und umgekehrt; allein daraus, daß dieſe Spezialitäten, auf deren Beſtimmung man in Doctrin und Praxis leicht zurückkommt, im Geſetze nicht berührt ſind, folgt doch auch nicht, daß die einzige Entſcheidung des geſetzlichen Falles nicht auf einem allgemein gültigen Grunde beruhe, der weiter, als zur Entſcheidung des einzelnen Falles reichen, und der Anſicht einer Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel insbeſondere mit zur Grundlage dienen kann. Und dieſes ſcheint mir immer noch der Fall zu ſeyn bei den Worten der Novelle: „ cui enim ipse credidit, et quod protulit is contra quem et ex quo suas affirmat allegationes, hoc non accuset;“ denn dieſer Grund paßt doch in der That überall, wenn der Product ſich auf Beweismittel, die der

5) Zeitſchrift a. a. O. S. 387. f. Mein Lehrb. des Civilproz. §. 251. N. 4.

Producent für ſich anführte, beruft, und dabei nur jene Theile dieſer Beweismittel für ſich geltend zu machen beabſichtigt, deren Wahrheit der Producent ſelbſt behauptete oder vorausſetzte. Der Geſetzgeber bedient ſich hier eines anerkannt gültigen Grundſatzes, um damit eine Beſtimmung zu motiviren, die ſich blos deshalb bis dahin nicht von ſelbſt verſtand, weil das Gegentheil bis dahin aus beſondern Gründen geſetzlich beſtand. Auf das Recht des Producten, ſich allgemein auf jene Beweismittel, die der Producent gegen den Producten vorgelegt hat, zu ſeinem Vortheile nun auch berufen zu dürfen, ſtützt der Geſetzgeber die Anordnung, welche er in Nov. 49. c. 2. trifft. Man deducirt ſonach in der Doctrin aus der ſpeziellen Beſtimmung der Novelle nicht erſt einen allgemeinen Grundſatz, ſondern findet darin vielmehr von dem Geſetzgeber ſelbſt den allgemeinen Grundſatz hervorgehoben, um damit die ſpeziellere Beſtimmung als eine juriſtiſche Folgerichtigkeit, zur Beſeitigung einer bis dahin beſtehenden entgegengeſetzten Anordnung, zu rechtfertigen.

Der Inhalt des Fr. 26. §. 2. depositi aber iſt inſofern von beſonderem Intereſſe für unſere Frage, als daraus hervorgeht, daß die Urkunde von beiden Theilen als Beweismittel benutzt werden durfte, und es dem richterlichen Ermeſſen anheim geſtellt wird, die Beweiskraft nach den Verhältniſſen zu beſtimmen. Auch aus andern Stellen des canon. Rechts ſcheinen Andeutungen hervorzugehen, daß von einem Theile producirte Beweismittel nicht ohne Zuſtimmung des andern Theils wieder zurückgezogen werden konnten, z. B. cap. 19. X. de test. et attest. 2, 20. Sehr beſtimmt aber leuchtet die Idee der Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel aus der Beſtimmung des D. A. v. 1600. §. 28 [6]) hervor; denn wenn der Rotul eines in perpetuam rei memoriam aufgenommenen Zeugenbeweiſes dem Producenten nicht herausgegeben werden

6) Abgedruckt im Archiv f. c. P. a. a. O. S. 8.

ſoll, wofern er nicht entweder nachweiſt, daß die Sache anhängig gemacht, oder aber der Gegentheil ſelbſt zufrieden ſei; ſo kann die für nothwendig erklärte Zuſtimmung des Producten doch nur auf einem Benutzungsrechte deſſelben an dem Zeugenrotel beruhen, und dieſes Recht iſt gerade der Inhalt der Gemeinſchaftlichkeit des Beweismittels. Was aber hier bei einem Beweiſe zum ewigen Gedächtniſſe gilt, muß noch mehr bei einem jeden andern Beweiſe gelten. Wenn Heſſe nun auch darin Recht hat: daß aus der angezogenen Beſtimmung des D. A. v. 1600 nicht folge, daß der Producent nicht auf irgend einen von ihm producirten Zeugen verzichten könne [7]; ſo folgt hieraus aber auch nicht, daß der Verzicht des Producenten auf ein producirtes Beweismittel den Producten des Rechts beraube, von dem Beweismittel dennoch Gebrauch zu machen [8]; und blos hierauf kommt es bei der Frage nach der Gemeinſchaftlichkeit des Beweismittels an.

Die Geſetze enthalten ſonach zwar nicht die wörtliche Beſtimmung, daß Beweismittel durch die Production gemeinſchaftlich werden, wohl aber ſprechen ſie Grundſätze aus, und ihre Entſcheidungen deuten Maximen an, aus denen die Wiſſenſchaft eine Rechtsregel, ähnlich unſerem Axiom bilden durfte. Es iſt deshalb auch davon, daß die Geſetze nirgends ausſprechen, daß der Product auf die Abhör der von dem Producenten denominirten oder producirten Beweismittel ein Recht habe, eben ſo wenig eine Folge, daß jenes Axiom in den Geſetzen nicht begründet ſei, als davon, daß aus allgemeinen Grundſätzen die Behauptung zu rechtfertigen iſt, daß der Producent einmal producirte Beweismittel fallen laſſen darf [9]; denn es iſt oben ſchon bemerkt worden, daß es ſich nicht

7) Archiv f. c. P. a. a. O. S. 8.

8) Meine Abhandl. aus dem Civilprozeſſe. Bonn 1829. B. II. S. 40. Note 1.

9) Archiv a. a. O. S. 9.

darum fragt: ob Producent auf die Beweismittel für ſich verzichten darf, wozu er unzweifelhaft befugt iſt; ſondern darum: ob durch ein ſolches Fallenlaſſen auch der Product verhindert wird, davon Gebrauch zu machen. Wenn daher Heſſe ſagt: jeder könne auf die ihm zuſtehenden Rechte verzichten, inſofern durch einen ſolchen Verzicht nicht wohlerworbene Rechte eines Dritten gekränkt würden, und daß zu den Rechten einer Parthei auch die Befugniß gehöre, beliebig Beweismittel zu denominiren, reſp. zu produciren, und gerade ſo auf einzelne Zeugen oder Urkunden verzichten könne, wie der Kläger auf einzelne Theile ſeiner Klage zu verzichten, die Befugniß habe [10], ſo ſind dieſe Behauptungen nicht zu beſtreiten; wenn ihnen aber die weitere Behauptung untermiſcht wird, daß durch den Act des Denominirens und reſp. Producirens der Beweismittel an und für ſich die Gegenparthei noch kein Recht erlange, indem ſie durch eine beifällige Erklärung weiter nichts zu erkennen gebe, als daß ſie gegen die Zuläſſigkeit der bezeichneten Beweismittel nichts zu erinnern finde, ſo ſind dieſes ja gerade die Streitſätze bei der ganzen gegenwärtigen Unterſuchung, die alſo, um Schlüſſe zu bilden, nicht vorausgeſetzt werden durften, ſondern bewieſen werden mußten. Wenn es keinem Bedenken unterliege, daß der Producent gerade ſo auf einzelne Zeugen und Urkunden — verſteht ſich immer auch zum Nachtheil des Gebrauchs für den Producten — verzichten könnte, wie der Kläger auf einzelne Theile der Klage zu verzichten die Befugniß hat; dann wäre freilich auch eben ſo unbedenklich anzunehmen, daß es keine Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel gebe; aber auch hier iſt zu wiederholen, daß alle Gründe für die Realität unſeres Arioms eben ſo viele Gründe gegen die eben hervorgehobene, von Heſſe dem Producenten eingeräumte Befugniß ſind.

Wir ſind aber ganz mit Heſſe darin einverſtanden, daß,

---

[10] Archiv a. a. O. S. 10.

ſo lange es ſich nur allein um Rechte des Producenten handelt, ſo lange nicht wird beanſtandet werden können, daß er auf ſolche Vortheile zu renunciren die Befugniß habe; aber wir können unmöglich wieder zugeben, daß es ſich auch ſo lange nur um Rechte des Producenten allein handle, ſo lange der Producent nur allein aus den namhaft gemachten Beweismitteln Vortheile zu ziehen gedenkt, denn dieſe Abſicht iſt bei dem Producenten wohl während des ganzen Prozeſſes vorauszuſetzen; aber davon dürfen die Befugniſſe des Producten gewiß nicht abhängig gemacht werden; jene Abſicht des Producenten darf und ſoll nie der Maaßſtab für die Rechtszuſtändigkeit des Producten werden, denn darüber ſollte keinen Augenblick ein Zweifel obwalten, daß eine ſolche Beſtimmung der Rechtsſphäre des Producten, dieſe gänzlich vernichten könnte.

Wenn Heſſe dann ferner bemerkt: „daß ſich das Verhältniß anders geſtalte, wenn die fraglichen Beweismittel in ihrem Ergebniß wirkliche Theile der Acten geworden ſeyen, wenn hierdurch auch der Gegner — inſoweit es der materielle Inhalt der Beweismittel zulaſſe — die Befugniß erhalten habe, ſich in ſeiner Impugnation darauf, ſo wie auf das Geſammtreſultat der Beweisführung, zu berufen, und wenn dem Producenten entgegengeſetzt werden könne, daß er dasjenige auch gegen ſich müſſe gelten laſſen, was er für ſich anzuziehen gemeint geweſen ſey"; ſo ſind wir mit dieſen drei Grundſätzen und Anſichten wieder vollkommen einverſtanden, müſſen aber fragen: ob dieſe Grundſätze nicht als unbewieſene Behauptungen da ſtehen, wenn es keine Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel in dem von uns vertheidigten Umfange gibt? Wir wüßten andere Gründe für die Richtigkeit jener Behauptungen nicht anzugeben; und von Heſſe ſind ſie durchaus unbewieſen hingeſtellt, und mit den unmittelbar vorher unter die Befugniſſe des Producenten aufgeſtellten Grundſätzen ohnehin nicht in Uebereinſtimmung zu bringen. Aus welchem andern Grunde, als aus dem der Gemeinſchaft-

lichkeit der Beweismittel, erhält der Product die Befugniß, producentiſche Beweismittel, die in ihrem Ergebniß Theile der Acten geworden ſind, zu benutzen? Wir vermögen einen andern Grund nicht aufzufinden, ihn wohl anders durch Umſchreibung auszudrücken, aber jede Begründung für den Satz würde auf die Gemeinſchaftlichkeit am Ende wieder zurückkommen. Und wann kann dem Producenten entgegengeſetzt werden: „daß er dasjenige auch gegen ſich gelten laſſen müſſe, was er für ſich anzuziehen gemeint geweſen?“ Dieſe Entgegnung iſt doch wohl nicht dann erſt fundirt, wenn die fraglichen Beweismittel in ihrem Ergebniß wirkliche Theile der Acten geworden ſind; denn da würde man wieder weiter zu fragen haben, was man unter „Ergebniß“ und darunter, daß ſie „wirkliche“ Theile der Acten geworden, eigentlich zu verſtehen habe. Theile der Acten werden Beweismittel in gewiſſem Maaße ſchon durch die allgemeinſte Beziehung auf dieſelbe; wirkliche Theile jedenfalls wohl durch die Production (Realproduction); und ihr Ergebniß kann ihr Inhalt im Allgemeinen, es kann aber auch blos der Beweisgrund ſeyn. Iſt nun die Behauptung: der Producent kann auf, von ihm zu den Acten gebrachte Beweismittel nicht zum Nachtheile des Producten verzichten, beziehungsweiſe demſelben die gleichmäßige Benutzung nicht verhindern, ſobald die Beweismittel in ihrem Ergebniß wirkliche Theile der Acten geworden, nicht wenigſtens identiſch mit dem Inhalte des Axioms: testes et documenta per productionem fiunt communia? und vermag man denn für jene Behauptungen andere Gründe, als für das Axiom aufzuführen? und iſt es wohl etwas anderes, als eine Umſchreibung des Axioms, wenn man jene Grundſätze ſtatt des Axioms dem Syſteme einverleibt? und iſt denn die übliche Art, in den gebräuchlichen Ausdrücken: „testes et documenta etc.“ oder „Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel“ die Sache anzudeuten, nicht noch paſſender, als jede weitere Umſchreibung?

Jene drei Vorausſetzungen, unter welchen Heſſe dem

Producenten die Befugniß, auf Beweismittel zum Nachtheil des Producten verzichten zu dürfen, nicht zugesteht, sagen theilweise wieder ein und dasselbe, können theilweise als Ableitungen eines höhern Grundsatzes, aber auch wieder als Ableitungen einer Voraussetzung aus der andern betrachtet werden. So folgt z. B. daraus, daß ein Beweismittel in seinem Ergebniß wirklicher Theil der Acten geworden, eben sowohl, daß der Gegner befugt wird, sich darauf in seiner Impugnation zu beziehen, als auch daß der Producent sich dieses gefallen lassen muß. Allen diesen Folgerungen muß aber zuletzt ein höheres Prinzip zum Grunde liegen, und gerade dieses hat die Doctrin durch das in Frage stehende Axiom ausdrücken wollen. Ob dieses Axiom nun gehörig ausgedrückt ist, und in seinen Unterstellungen entweder durch ausdrückliche spezielle gesetzliche Anordnungen, oder durch allgemein gültige Grundsätze zureichend begründet erscheine, das nachzuweisen ist die eigentliche Aufgabe, welche die Wissenschaft zu lösen hat. Welche Ansicht wir hierüber im Allgemeinen haben, ist im Frühern enthalten. Damit sind nun aber noch die spezielleren Entgegnungen in der Hess'schen Darstellung noch nicht hinlänglich beleuchtet. Bevor wir hierauf übergehen, ist deutlich der Gang, den die gegnerische Untersuchung genommen hat, hervorzuheben, weil wir diesem, um vollständig zu werden, folgen müssen.

Hesse versucht nachzuweisen:

1) daß in den Gesetzen unser Axiom keine ausdrückliche Begründung finde. Hierin sind wir einverstanden, haben auch denselben Beweis früher schon selbst zu führen gesucht;

2) daß das Axiom auch nicht aus den Gesetzen gefolgert werden könne; dieser Ansicht haben wir in einem frühern Aufsatze sowohl, als in dem gegenwärtigen eine abweichende gegenüber zu begründen schon versucht.

3) Sodann entwickelt er, wie er die aus unserm Axiom hergeleiteten Folgerungen, wenn gleich aus andern Gründen,

ganz oder theilweise zugebe, oder überall nicht einzuräumen vermöge.

A) Zu den Folgerungen aus dem Axiom, die, aus andern Gründen, ganz zugegeben werden, gehören:

I. daß der Product befugt sei, innerhalb der ihm für seine eigenen Beweise präfigirten Frist mit den Beweismitteln seines Gegners eben wohl Beweis anzutreten, sollte er auch bei Urkunden kein Recht auf deren Edition gehabt haben;

II. daß auch ohne daß Product zeitigen förmlichen Gebrauch von des Gegners Beweismitteln gemacht hat, sie ihm stets hinsichtlich seines directen Gegenbeweises nützen, und, wie Hesse ausdrücklich bemerkt, nicht als eigentliche Gegenbeweismittel, sondern lediglich deshalb, weil der Richter den Werth eines jeden Beweismittels im Ganzen zu prüfen habe, sonach die Gründe für und gegen die Wahrheit des zu beweisenden Satzes aus dem Gesammtergebniß der Beweisführung zu entnehmen habe;

III. u. IV. daß gegen die Glaubwürdigkeit einer als Beweismittel beigebrachten Urkunde dem Producenten keinerlei Einwand zu machen erlaubt sei, wenn Product sich eben wohl auf dieselbe beziehe; und endlich daß dieser Grundsatz auch auf die Production von Zeugen Anwendung finde [11]).

Was nun die angebliche Folgerung unter I. betrifft, so ist diese, meines Wissens, niemals als Ableitung aus dem Axiom testes et documenta etc. betrachtet worden, kann wenigstens als solche in keiner Weise betrachtet werden. Der Satz enthält nichts weiter, als die durch sich selbst gerechtfertigte Behauptung, daß eine Parthei im gesetzmäßigen Gebrauche eines Beweismittels nicht dadurch beengt werden dürfe, daß der Gegner sich desselben Beweismittels gesetzmäßig bedient.

Die Folgerung unter II. anbelangend, so ist diese nur in dem Falle als Ableitung des fraglichen Axioms zu betrachten, wenn Producent etwa auf ein producirtes Beweis-

11) Archiv a. a. O. S. 7.

mittel zu verzichten wirklich erklärt hatte, und nun der Product zum Zwecke der Führung des directen Gegenbeweises auf dessen Benutzung beständе. Denn da Hesse die Folgerung überhaupt nur bezüglich der Benutzung der producentischen Beweismittel von Seiten des Producten zur Führung des directen Gegenbeweises hier anerkennt, so ist der Grundsatz auch von uns, an diesem Orte, nur in dieser beschränkten Anwendung zu prüfen. In allen andern Fällen, worin der Producent das Beweismittel selbst fallen zu lassen nicht die Absicht hat, der Product dasselbe auch nicht einmal in Bezug nimmt, und der Richter dessen Inhalt amtlich bei der Bildung seiner juristischen Ueberzeugung in Berücksichtigung zieht, handelt es sich nicht um Anwendung der Bestimmungen unseres Axioms, sondern um die Anwendung der richterlichen Reflexion in dem Umfange des richterlichen Officiums.

Was endlich unter III. u. IV. als Folgerung aus dem Axiom dargestellt wird, ist, wie wir oben schon nachgewiesen haben, gerade umgekehrt als ein höherer Grundsatz zu betrachten, der dem Axiom selbst zur gesetzlichen Basis dient; und insofern in gewisser Beziehung weiter reichen kann, als der Inhalt des Axioms selbst. Aber selbst diesen höheren, in der Nov. 49 c. 2. ausdrücklich anerkannten Grundsatz erkennt Hesse nur dann an, wenn der Product die producentischen Beweismittel zum Behufe der Führung des directen Gegenbeweises benutzen will, was aus der weitern Darstellung überhaupt klar hervorgeht. Von einer solchen Beschränkung weiß das ganz allgemein sich aussprechende Gesetz wieder nichts.

B. Sodann kommt Hesse

V. auf die Folge aus dem Prinzipe der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel durch Production, welche darin ausgedrückt wird: daß nach erfolgter Realproduction dem Producenten nicht mehr das Recht zustehe, das eine oder das andere seiner Beweismittel fallen zu lassen. Hesse hält diesen Satz theilweise für richtig, theilweise für unrichtig,

unterſucht, inwiefern er, da er in den Geſetzen nirgends anerkannt ſei, aus allgemeinen Grundſätzen abgeleitet werden könne, und bemerkt dabei wieder ausdrücklich: die Frage ſei nach dem, was weiter erörtert werden würde, nur allein bezüglich des directen Gegenbeweiſes von practiſchem Intereſſe.

Da wir die, bei dieſer Gelegenheit von Heſſe eingehaltene, Begründungsweiſe dafür, daß Producent auf ſeine Beweismittel ſo lange verzichten könne, als dieſe in ihrem Ergebniſſe nicht wirkliche Theile der Acten geworden ſeien u. ſ. w., ſchon oben geprüft haben (S. 82–85), ſo bleibt uns hier nur noch die Prüfung der Anwendung jener Anſichten übrig, wie dieſe Heſſe auf einzelne Beweismittel gemacht hat. Bevor wir zu dieſer Prüfung übergehen, wollen wir kurz die Differenz der Betrachtungsweiſe Heſſe's der gewöhnlichen Lehre gegenüber hervorheben. Nach der allgemein in Uebung befindlichen Anſicht iſt bezüglich der Bedeutung und des Umfangs des fraglichen Axioms deſſen Inhalt wörtlich zu nehmen. Darnach enthält jene Rechtsregel die Beſtimmung, daß Zeugen und Urkunden mit der Production als Beweismittel von beiden ſtreitenden Theilen benutzt werden dürfen. Die nächſte Folge hiervon aber iſt die, daß der Producent ſie nicht mit dem Erfolge fallen laſſen kann, daß ſich blos darum nun auch der Product ihrer nicht bedienen dürfe.

Unter der Production der Beweismittel hat Doctrin und Praxis von jeher die Realproduction verſtanden [12]). Daß mit dieſer Realproduction eine Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel überall nicht eintrete, iſt nun jüngſt von Heſſe behauptet worden. Er führt an, daß

a) was der Urkundenbeweis betreffe, die Realproduction, d. h. die Vorlegung des Originals, nicht immer der Zeitpunkt ſeyn werde, in welchem die ſ. g. Gemeinſchaft-

12) Gönner Handb. II. S. 314. 326. Grolman Theorie §. 194. Martin Lehrb. d. Civilproz. §. 187. 191.

lichkeit der Beweismittel durch Production eintrete, und bemerkt 1) „daß die Realproduction der Zeitpunkt für die Gemeinſchaftlichkeit ſei, wenn der Product die Aechtheit der in Abſchrift vorgelegten Urkunde verabrede, und daraus entweder gar nichts oder nur eventuell (im Falle der Aechtheit) etwas für ſich argumentire, auch nach erfolgter Vorlegung (des Originals) die Urkunde anerkenne.“ Dieſe Anſicht iſt der gemeinen Lehre durchaus entſprechend [13]);

2) „daß die Realproduction der entſcheidende Moment dann nicht ſei, wenn α) entweder der Product die Aechtheit des abſchriftlich vorgelegten Documents alsbald einräumt, und keine Originalvorlegung verlangt; denn in dieſem Falle mache die Erklärung des Producten jede Original-Vorlegung unnöthig, und wenn dieſer aus der abſchriftlich beigebrachten Urkunde irgend etwas acceptire und nunmehr zu ſeinem Vortheil concludire, ſo ſei eine ſolche Acceptation und Concluſion von derſelben Wirkung, als wenn dieſelbe auf eine ſonſtige von dem Gegentheil bei Gericht abgegebene Erklärung erfolgt wäre;

β) oder wenn in termino productionis nicht agnoscirt, ſomit ein weiteres Verfahren über die Aechtheit nothwendig werde, denn in dieſem Falle konnten die Folgen der ſ. g. Gemeinſchaftlichkeit noch zur Zeit nicht eintreten, weil ja der Producent die von dem Gegentheil behauptete Unächtheit in jedem Momente zugeſtehen und dadurch jede Wirkung der producirten Urkunde vernichten könne. Erſt in dem Augenblicke, in welchem die Aechtheit der Urkunde conſtatirt ſei, habe die Berufung auf ihren Inhalt practiſche Bedeutung [14]).

Aus dieſer Betrachtungsweiſe geht hervor: daß Heſſe vorausſetzt, der Eintritt der Gemeinſchaftlichkeit eines Beweismittels ſei bedingt durch die Anerkennung der Beweisfähigkeit durch den Gegner. Wenigſtens rechtfertigt dieſe Un-

---

13) Mein Lehrb. d. Civilproz. §. 251.

14) Heſſe im Arch. f. c. P. XXIII. S. 11. f.

terſtellung die Art, wie er bezüglich des Urkundenbeweiſes, in allgemein gehaltenen Ausdrücken, lehrt, daß mit dem Momente der ausdrücklichen oder ſtillſchweigenden Anerkennung der Aechtheit der Urkunde, ſei es im Original oder in der Abſchrift, durch den Producten, die ſ. g. Gemeinſchaftlichkeit eintrete. Da nun dieſe Anerkennung der Abſchrift vor der Realproduction des Originals erfolgen, aber mit der Realproduction des Originals auch noch nicht erfolgen, ſondern erſt ſpäter die Aechtheit conſtatirt werden kann; ſo folgert Heſſe, daß hiernach der Zeitpunkt der ſ. g. Gemeinſchaftlichkeit vor und nach der Realproduction eintreten könne. Dieſe Lehre hat bis jetzt nichts weiter als die Autorität ihres Aufſtellers für ſich; denn ſie iſt weder durch Geſetze ſanctionirt, noch durch Doctrin oder Praxis recipirt. Insbeſondere wird ſie auch nicht durch die allgemeinen Grundſätze, durch deren Anwendung ſie Heſſe abzuleiten meinte, gerechtfertigt (abgeſehen davon, was wir über dieſe Grundſätze oben S. 84. f. bemerkt haben), denn wirkliche Theile der Acten werden Urkunden doch ſchon durch ihre Induction, da bekanntlich die Beweisantretung durch Urkunden geſetzlich ſo beſtimmt angeordnet iſt, daß über die Bedeutung der Urkunde kein Zweifel bleiben ſoll [15]); wenn aber der Gegner dadurch, daß die Urkunden Theil der Acten geworden, nach Heſſe, die Befugniß erhält, ſich darauf zu berufen, ſo folgt hieraus noch keineswegs, daß dieſe Befugniß erſt mit der conſtatirten Aechtheit der Urkunde eintritt, und wenn Heſſe endlich behauptet, daß die ſ. g. Gemeinſchaftlichkeit dann eintrete, wenn dem Producenten entgegengeſetzt werden könnte, daß er dasjenige auch gegen ſich gelten laſſen müſſe, was er für ſich anzuziehen gemeint geweſen; ſo iſt dadurch noch nicht bewieſen, daß dieſe Entgegnung dem Producenten beim Urkundenbeweiſe erſt, nachdem die Aechtheit conſtatirt worden, gemacht

15) Cap. 5. X. de fide instrum. 2, 22. Cap. 7. de qrivil. in 6. 5, 7. 3. R. A. §. 39. Mein Lehrb. §. 282.

werden könne. Und wenn Hesse zur Unterstützung seiner Theorie noch anführt, daß, wenn wegen der Aechtheit einer Urkunde vorerst ein Verfahren nothwendig werde, die Folgen der s. g. Gemeinschaftlichkeit noch zur Zeit deshalb nicht eintreten können, weil ja der Producent die von dem Gegentheil behauptete Unächtheit in jedem Momente zugestehen, und dadurch jede Wirkung der producirten Urkunde vernichten könne, so ist auch diese Voraussetzung nicht unbedingt richtig. Denn es wird Fälle geben, in denen der Product, eben weil er nur Gerechtigkeit, diese aber unter allen Verhältnissen will, im Zweifel über die Aechtheit der Urkunde, diese zwar nicht anerkennt, aber von andern Beweismitteln, die geeignet sind, seine Zweifel zu lösen, blos darum Gebrauch machen will, um durch den Richter einen Ausspruch über den wahren Werth der Urkunde zu provociren. In einem solchen Falle kann es dem Producten eben so wenig gleichgültig seyn, daß durch ein einseitiges Zurückziehen der Urkunde durch den Producenten ein einmal vorgelegtes Beweismittel wirkungslos gemacht, als daß auf ein solches, ohne von seiner Wahrheit überzeugt zu seyn, eine Entscheidung gebaut werde. Wir sind weit entfernt, durch diese Erwiderung in Abrede stellen zu wollen, daß in der Regel, wenn Product die Aechtheit der producirten Urkunde läugnet, und nun ein Verfahren eingeleitet wird, wodurch die Aechtheit oder Unächtheit constatirt werden soll, der Product es sich gefallen lassen wird, wenn damit, daß Producent die Unächtheit nachgiebt, die Urkunde als Beweismittel gänzlich verschwindet; aber daraus folgt noch immer nicht, daß er es sich gefallen lassen muß.

Wenn Hesse nun ferner

b) bezüglich des Zeugenbeweises bemerkt: „daß, so lange die Zeugen denominirt, ja sogar dann, wenn sie dem Richter schon in Person vorgeführt seien, dem Producenten in Gemäßheit der oben entwickelten Grundsätze über Verzicht, die Befugniß zustehen müsse, auf welchen seiner Zeugen er wolle, zu verzichten; weil selbst die Vorführung derselben für den

Producten kein Recht begründe, und nur allein bestimmt sei, die Identität zu constatiren; und daß aber dann, wenn die Zeugen abgehört, ihre Aussagen auf gesetzliche Weise Theile der Acten geworden, welche durch einen Verzicht Seitens des Producentens nicht entfernt oder vernichtet zu werden vermögten, und der Product, dem nun das Gesammtergebniß der Beweisführung vorliege, das Recht habe zu sagen, daß er dasjenige für sich benutzen wolle, was gegen ihn angeführt sey; so folgt weder aus den früher von Hesse entwickelten Grundsätzen, noch aus der, an sich richtigen Voraussetzung, daß die Aussagen der Zeugen erst, nachdem sie abgehört sind, Theile der Acten werden, das daraus Hergeleitete. Denn es liegt nicht nur klar vor, daß Hesse auf andere Momente die s. g. Gemeinschaftlichkeit des Beweismittels beim Urkundenbeweise, und auf andere beim Zeugenbeweise baut, und es ist kein zureichender Grund dafür angegeben, weshalb der Product den Zeugen, der durch die Production auf gesetzliche Weise als Beweismittel in den Acten angekündigt, und ihm und dem Richter persönlich vorgestellt ist, nicht eben so wohl sollte abhören lassen dürfen, als er, wenn derselbe abgehört ist, ein Recht auf Benutzung der Aussagen hat.

Es konnte bis jetzt nur unsere Aufgabe sein, überall anzudeuten, daß die neue Lehre wenigstens nicht überzeugender begründet worden ist, als es die seither in Doctrin und Praxis anerkannte war; ja daß alle Bestandtheile derselben, welche als richtig zugestanden werden können, nur auf Grundsätze sich stützen, die entweder die Lehre der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel selbst rechtfertigen, oder gar aus der Annahme einer Gemeinschaftlichkeit folgen. Erwägt man aber, daß Hesse diejenigen Folgen aus dem Grundsatze der Gemeinschaftlichkeit der Urkunden und Zeugenaussagen, welche er anerkennt, nur insofern zugesteht, als es sich um Benutzung dieser Beweismittel für den directen Gegenbeweis von Seiten des Producten handelt, so dürfte sich noch die Frage auf-

werfen laſſen, welches practiſche Intereſſe es habe, zu unterſuchen, ob und aus welchen Gründen und in welchem Umfange dem Producten das Recht zuſtehe, die von dem Producenten zur Beweisführung gebrauchten Urkunden und Zeugen zur Führung des directen Gegenbeweiſes zu benutzen? Nach unſerer Anſicht hat dieſe Unterſuchung in ſo weit gar kein practiſches Intereſſe, als der directe oder eigentliche Gegenbeweis der richtigen Anſicht nach nur als ein integrirender Theil des Hauptbeweiſes betrachtet werden darf [16]), und die Befugniß des Producten, die Erfolgloſigkeit der Beweisführung des Gegners aus deſſen Beweismitteln ſelbſt darzuthun, eine ſich ſo ſehr von ſelbſt verſtehende, und das Weſen dieſer Art ſ. g. Gegenbeweiſes ausmachende iſt, daß zu ihrer Begründung weder unſer Axiom, noch ſonſt weit her geholte Grundſätze nothwendig ſind. In ſo weit jedoch der Producent in Fällen, worin er die Befürchtung hegen müßte, durch die von ihm benutzten Beweismittel gegen ſich zu beweiſen, es ſeinen Intereſſen am angemeſſenſten finden würde, dieſe ihm ſelbſt nachtheiligen Beweismittel aufzugeben, bleibt die Frage nach dem Umfange dieſer Befugniß allerdings von großem Intereſſe; aber dieſe findet, wie aus dem Vorigen hervorgeht, eine befriedigende Löſung nur in der Anwendung des Grundſatzes: testes et documenta per productionem fiunt communia.

C. Endlich kommt Heſſe in ſeiner Darſtellung [17]) zu den Folgerungen aus unſerm Axiom, die er überall nicht einräumen will, und bemerkt zu dem Ende: „er vermöge, als aus dem Grundſatze der Nov. 49. c. 2. nicht folgend, und nur aus einer doctrinellen Interpretation des Axioms testes et documenta etc. hervorgegangen, nicht einzuräumen, daß überall, wo die Beſtimmungen des J. R. A. und die peremtoriſche Natur des Beweistermins verbieten, irgend ein Faktum oder ein Beweismittel als verſpätet oder erloſchen zu be-

16) Mein Lehrb. §. 236.

17) Archiv a. a. O. S. 12. f.

rückſichtigen, das erwähnte Axiom eine Ausnahme jener geſetzlichen und anerkannten prozeſſualiſchen Beſtimmungen zu begründen vermöge, weil nirgends ein Geſetz exiſtire, welches einer ſolchen Ausnahme zur Seite ſtehe.“ Wir ſind damit ganz einverſtanden, daß das fragliche Axiom nicht zu der Folgerung befugen darf, welche hier beſtritten wird. Unſeres Wiſſens hat aber auch weder Doctrin noch Praxis aus dem Axiom jemals eine ſolche Folgerung abgeleitet. Insbeſondere hat das Axiom auf Facta im Gegenſatze von Beweismitteln niemals einen Bezug gehabt, ſo daß es auch niemals durch ſeine Anwendung die Berückſichtigung eines Factums hätte vermitteln können, welches aus irgend einem prozeſſualiſchen Grundſatze als nicht zu berückſichtigen ſich darſtellte. Eben ſo wenig hat man dem Axiom je die Bedeutung unterlegt, daß vermittelſt deſſelben verſpätete oder erloſchene Beweismittel, den Beſtimmungen peremtoriſcher Beweistermine entgegen, zur Benutzung gebracht werden dürften. Das Axiom bezieht ſich ſowohl ſeiner Faſſung, als ſeiner ſeitherigen Auffaſſung in der Doctrin und Uebung in der Anwendung nach, ja nur auf die Benutzung ſolcher Beweismittel des Gegners, die dieſer ordnungsmäßig, alſo nicht verſpätet und nicht verſäumt, vorgebracht hat. Daß dabei nicht die von einer Parthei ſelbſt vorgebrachten oder vorzubringen beabſichtigten, aber verſpäteten, Beweismittel in Betracht kommen, fällt in die Begriffe, und es konnte deshalb von einer Anwendung des Axioms in der von Heſſe beſtrittenen Weiſe nie die Rede ſein. Es kann ſich allerdings der Fall ereignen, daß ein Theil Beweismittel verſäumt hat, und dieſe Verſäumniß dadurch unſchädlich wird, daß er, nach den Grundſätzen der Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel die gegneriſchen benutzen darf; ja es können zufällig die vom Gegner zeitig vorgebrachten, und der Gemeinmeinſchaftlichkeit zufallenden Beweismittel die von dem andern Theile verſäumten ſeyn; aber auch dann kommen ſie zur Benutzung, nicht als von einem Theile zwar verſpätet oder

versäumt, und durch Hülfe jenes Axioms wieder ausnahmsweise zurückgeführt, sondern blos deshalb, weil sie von dem andern Theile ordnungsmäßig zu den Acten gebracht, und der Gegner darauf als auf Beweismittel des Producenten ein Recht hat. Mit den Bestimmungen des J. R. A. über das zeitige Anbringen der Angriffs- und Vertheidigungsmittel, und den Folgen peremtorischer Beweismittel kommt das Axiom in seiner vollständigen Anwendung darum auch durchaus nicht in Collision, und practisch fruchtbar bleibt bezüglich dieser ganzen Materie eigentlich immer nur die eine, in unserm frühern Aufsatze schon angedeutete, und später in dieser Darstellung noch weiter zu verfolgende Bemerkung: daß versäumte Beweissätze [18]) nicht mit Hülfe gemeinschaftlich gewordener Beweismittel erfolgreich bewiesen werden dürften.

Lenken wir nach diesen berichtigenden Bemerkungen nun wieder auf die Darstellung Hesse's über, so ergiebt sich von selbst, daß

1) wenn die von dem Beklagten, sei es für den directen oder indirecten Gegenbeweis, producirten Zeugen oder Urkunden einen Klaggrund berühren, den der Libell nicht enthält, der Kläger nicht auf den Grund der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, jenen Klaggrund damit wirksam beweisen, und so einen, ihm in Bezug darauf nützlichen richterlichen Ausspruch herbeiführen kann. Denn weder eine grammatische, noch eine sonstige Interpretation, noch die Ansicht der Doctrin oder Praxis würden ein solches Beginnen unterstützen.

2) Es ergiebt sich ferner, daß das Axiom auch dann nicht zur Anwendung kommt, wenn die, behufs des indirecten

---

18) So bestimmt hatte ich den Grundsatz auch in meinem Lehrb. des Civilproz. §. 251. ausgedrückt, wo es heißt: „die in dieser Periode producirten Beweismittel werden in der Art gemeinschaftlich, daß der Product dieselben nun auch zum Beweise seiner, nicht aus andern Gründen versäumten oder präcludirten Vertheidigungssätze benutzen . . . . . kann."

Gegenbeweises, vorliegenden Zeugenaussagen und Urkunden etwas für den Klaggrund Nützliches enthalten, und des Klaggrundes wegen kein Beweis angetreten wurde. War dagegen

3) des Klaggrundes wegen Beweis zwar angetreten, derselbe aber auch theilweise oder sogar gänzlich verfehlt, so darf allerdings der Kläger von den in Frage stehenden Beweismitteln des Beklagten mit Erfolg Gebrauch machen. Die Richtigkeit dieser Ansicht habe ich in einer frühern Abhandlung schon zu begründen, und eine abweichende Ansicht Spangenbergs zu widerlegen versucht, welche letztere nun von Hesse in Schutz genommen, der von mir der Spangenbergischen Darstellung gemachte Vorwurf, daß sie auf einer petitio principii beruhe, meiner Entwicklung selbst zurückgegeben, und zu beweisen versucht wird, daß der Fehler Spangenbergs blos darin liege, daß er nicht noch weiter gegangen sei, als gegangen zu seyn, ich ihm zum Vorwurfe gemacht habe. Wie Spangenberg seine Ansicht begründete, ist in diesem Archiv, worin die Abhandlung enthalten, zu ersehen, meine Entgegnung ist in der Darstellung von Hesse, so weit nöthig, hervorgehoben, so daß ich mich hier nunmehr auf eine Prüfung der Entwicklung von Hesse selbst zu beschränken habe. Wenn dieser nun

a) für die Behauptung, daß, wenn der Beweis des Klaggrundes zwar angetreten, jedoch gänzlich verfehlt sei, der Kläger von den indirecten (?) Beweismitteln des Beklagten keinen Gebrauch machen könne, anführt: daß der Product den ihm obliegenden Beweis nicht nur antreten, sondern auch mit den in der Beweisantretung denominirten Beweismitteln führen müsse; so beruht diese Behauptung geradezu wieder auf einer petitio principii; denn das ist ja gerade die Frage: ob der Kläger nur mit seinen Beweismitteln, oder auch mit denen des Beklagten den Beweis führen darf! Man darf also die Frage nicht dadurch lösen wol-

len, daß man ſagt: er müſſe den Beweis mit den in der Beweisantretung denominirten Beweismitteln führen, weil er ihn damit führen müſſe. Der Producent hat die Befugniß Beweis zu führen bezüglich eines beſtimmten Beweisſatzes vollkommen erhalten, wenn er den Beweis vorſchriftsmäßig angetreten hat. Daß er dazu ſich derjenigen Beweismittel, die er ſelbſt ordnungsmäßig producirte, bedienen darf, verſteht ſich von ſelbſt; eben ſo iſt das Nachbringen neuer Beweismittel in bekanntem Maße ausgeſchloſſen und beſchränkt; aber daraus folgt nicht, daß er auch nicht befugt ſei, nachträglich auf andere Beweismittel Bezug zu nehmen, wenn dieſe auf geſetzmäßige Weiſe rechtszeitig zu den Acten gekommen ſind. Erſt dann, wenn unſer Axiom testes et documenta etc. einmal als durchaus ungeſetzlich, und dann als andern anerkannten prozeſſualiſchen Grundſätzen widerſprechend nachgewieſen wäre oder werden könnte, würde man mit Heſſe weiter argumentiren dürfen: „daß ſich nicht nachweiſen laſſe, daß dem Kläger die Befugniß zuſtehe, von Zeugen und Urkunden, die nicht er zur gehörigen Zeit denominirt habe, zu ſeinem Vortheil Gebrauch zu machen.“ So lange aber jene Nachweiſung nicht erfolgt iſt, kann auch dieſe Argumentation nur als petitio principii angeſehen werden. Wenn Heſſe mir darum eine petitio principii vorwirft, weil ich von Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel in dem von mir unterſtellten Umfange geſprochen, und dieſen Grundſatz als einen geſetzlichen betrachtet habe, und ferner anführt, daß, ſobald ich behaupte: „nirgends hätten die Geſetze die Benutzung der gemeinſchaftlichen Beweismittel an die Bedingung geknüpft, daß man auch eigene Beweismittel, welche wirklich einigen Beweisgrund enthielten, damit verbinden müſſe; im Gegentheil ſei die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel als nach der Realproduction unbedingt eintretend dargeſtellt“, ſo müſſe ich auch einräumen, daß, wenn gar kein Beweis von Seiten deſſen, gegen den die Gemeinſchaftlichkeit geltend gemacht werden ſolle, angetreten, alſo

die peremtorische Beweisfrist versäumt worden sei, auch alsdann von den so prädicirten gemeinschaftlichen Beweismitteln Gebrauch gemacht werden könne; — so habe ich hierauf zu erwidern: daß ich über den gesetzlichen Bestand des fraglichen Axioms wörtlich in den ersten Worten meiner frühern Abhandlung mich ausgesprochen, also darüber wohl keine mich selbst täuschende Ansicht hatte, und aus meiner ganzen Behandlung des Gegenstandes deutlich zu entnehmen war, inwiefern ich den Grundsatz als gesetzlich basirt betrachtete. Wenn man mir gegenüber die Frage aufwerfen wollte: ob die Gesetze eine Gemeinschaftlichkeit und in welchem Umfange sie dieselbe kennen? so hatte ich diese ja schon beantwortet; und selbst auf die Consequenz, welche man aus meiner Behauptung: „daß die Benutzung der gemeinschaftlichen Beweismittel nicht an die Bedingung eigener Beweismittel, welche wirklich einigen Beweisgrund enthielten geknüpft hätten", gezogen, liegt die Antwort zum Theile in dieser meiner Behauptung selbst, zum Theile in der S. 18 der Hesseschen Darstellung befindlichen Aeußerung aus meiner frühern Abhandlung. Denn wenn ich in dieser bemerkte: „Wenn einmal allgemein der Grundsatz feststeht, daß man zur Ausführung des Beweises sich auch der vom Gegner producirten Beweismittel bedienen dürfe, dann reicht es, um von dieser Zuständigkeit Gebrauch zu machen, hin, daß man sich in der Lage erhalten hat, wirksame Beweismittel zu benutzen, daß man also nicht durch Verzicht oder Versäumniß das Recht, den Beweis zu führen, verloren hat"; und in der, zur Consequenz gezogenen, Behauptung ausdrücklich heraushebe: „daß die Gesetze nicht die Verbindung solcher eigener Beweismittel voraussetzen, welche wirklich einigen Beweisgrund enthielten", so war darin doch klar ausgesprochen: daß man von der Gemeinschaftlichkeit keinen Gebrauch machen dürfe, wenn man die Beweisfrist versäumt habe, denn dann hat man sich nicht in der Lage erhalten, wirksame Beweismittel zu benutzen, und man hat kein zu beweisendes Thema

mehr; und daß man allerdings ſelbſt Beweismittel angewendet haben müſſe, es aber auf den, in denſelben enthaltenen Beweisgrund nicht ankomme. Aus ſolchen Vorderſätzen kann man die Conſequenz nicht ziehen: alſo müßte ich zugeſtehen, daß auch derjenige, der gar keinen Beweis angetreten, alſo die peremtoriſche Beweisfriſt verſäumt, von den gegneriſchen Beweismitteln als gemeinſchaftlichen Gebrauch machen dürfe.

Wenn mir ferner entgegengeſetzt wird: „daß ich nicht genug berückſichtigt habe, daß die peremtoriſche Eigenſchaft ſo gut gegen den verſäumten Beweis im Allgemeinen, wie gegen jedes einzelne verſäumte oder nicht gebrauchte Beweismittel wirke, und daß, was von dem Einen gelte, auch nothwendig von dem Andern gelten müſſe", ſo weiß ich nicht, welche Stelle meiner frühern Abhandlung den Verdacht dieſer Unachtſamkeit rechtfertigen könnte; denn nirgends habe ich das Gegentheil von dem geſagt, was Heſſe hier, ganz richtig, aufſtellt, und konnte ſo etwas nicht ſagen, weil es in die Begriffe fällt, daß derjenige, der gemeinſchaftliche Beweismittel benutzt, durch dieſe Benutzung nothwendig nicht ſelbſt producirte, ſondern vom Gegner producirte Beweismittel in Anwendung bringt, und ſie, nach dem Grundſatze der Gemeinſchaftlichkeit auch nur aus dem Grunde, weil der Gegner ſie producirt hat, zur Anwendung bringen kann. Daraus geht wieder klar hervor, daß ich niemals die Anſicht hatte noch haben konnte, derjenige, welcher auf den Grund der Gemeinſchaftlichkeit gegneriſche Beweismittel benutzen dürfe, benutze zugleich ſelbſt verſäumte Beweismittel. Die fernere Behauptung Heſſe's: „daß derjenige, von dem gar kein Beweis angetreten iſt, alle Beweismittel verliert", ſteht richtig, und bleibt beſtehen neben dem Axiom über die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel; aber die Fortſetzung der Behauptung: „Derjenige aber, der nur einzelne Beweismittel gebraucht hat, verliert alle andere, welche ſeine Beweisantretung nicht enthält", iſt ein falſcher Schluß, und involvirt hier wieder eine petitio principii; denn nach dem Grundſatze

der Gemeinſchaftlichkeit verliert er gerade die gegneriſchen Beweismittel nicht, alſo gerade die nicht, die ſeine Beweisantretung zwar nicht, aber wohl die des Gegners enthält. Endlich wird noch aus der Aeußerung in meinem Lehrb. d. Civilproz. §. 219. „Hierin (nämlich in der Beweisantretung) ſoll der Beweisführer als angreifender Theil während der Beweisfriſt dem Richter des anhängigen Prozeſſes die zu benutzenden Beweismittel ſpeziell und ſo vollſtändig nach der Benutzungsart anzeigen, daß jetzt ſchon deren Erheblichkeit beurtheilt werden kann", deutlich zu machen geſucht, daß der Richter die ihm darnach aufliegende Pflicht nicht erfüllen könne, wenn das Axiom der Gemeinſchaftlichkeit in dem gewöhnlich unterſtellten Umfange gelte [19]). Allein bei dieſer Erklärung und Anwendung des Inhalts meines Lehrbuchs geht man von irrigen Vorausſetzungen aus. Der Beweisführer hat bei der Beweisantretung nur ſeine eigenen Beweismittel anzuzeigen, der Richter alſo auch nur deren Erheblichkeit zunächſt, und auf die Beweisantretung eines jeden Theils, dieſe, ohne alle Rückſicht auf Beweismittel des andern Theils, zu prüfen. Der Richter iſt daher weder von der Doctrin und Praxis, noch nach meiner im Lehrbuche ausgeſprochenen Anleitung, angewieſen worden, noch könnte er angewieſen werden, über die Erheblichkeit der Beweisantretung, mit auf den Grund eines, zur Zeit noch gar nicht vorliegenden Materials zu urtheilen. Alle unbrauchbaren Folgerungen, die aus ſolchen falſchen, mir mit irgend einem auch nur ſcheinbaren Grunde nicht zu unterſtellenden Vorausſetzungen, abzuleiten wären, habe ich weder zu verantworten, noch beweiſen ſie etwas gegen die von mir vertheidigte Theorie.

Auch die Darſtellung bei Heſſe, worin geſagt wird: „und iſt es nicht materialiter ganz gleichgültig, ob ein Beweis gar nicht angetreten, oder wegen gänzlicher Irrelevanz ſogleich auf die Beweisantretung für deſert erklärt worden

19) Archiv a. a. O. S. 20 f.

ist? In diesem letztern Falle war Beweis angetreten; es müßte also, nach der Linde'schen Theorie, um zu sehen, ob etwa die indirecten Gegenbeweismittel noch Etwas für den Kläger ergeben könnten, von dem Grundsatze actore non probante etc. keine Anwendung gemacht, sondern zur Gegenbeweisführung übergegangen werden, weil von dem zufälligen Umstande, daß der Kläger seinen Beweis alsbald angetreten, der Beklagte aber mit dessen Antretung oder Ausführung gezögert hat, unmöglich abhängen kann, ob Jenem das zum Vortheil gereichen soll, was des Letzteren Beweismittel Nützliches enthalten", beruht entweder auf nur fremden Unterstellungen, oder auf Mißverständnissen oder von mir nicht anzuerkennenden Grundsätzen. Denn vorerst ist es durchaus nicht gleichgültig, ob ein Beweis gar nicht angetreten, oder der angetretene Beweis für irrelevant erklärt wird. In diesem letztern Falle handelt es sich nicht darum: ob der Producent noch befugt sei, mit Beweise gehört zu werden, sondern darum, ob eine nicht versäumte Beweisantretung dem Producenten Nutzen gewähren, den Richter überzeugen könne. Wenn gar kein Beweis angetreten war, dann ist eine verschiedene Ansicht über den materiellen Gehalt der Beweisführung bei den Richtern aller Instanzen nicht denkbar; wohl aber, wenn eine Instanz den angetretenen Beweis für irrelevant erklärt. Sodann hat der Rechtssatz: „actore non probante, reus absolvitur" nicht den Sinn, daß der Kläger schon dann nicht bewiesen habe, wenn aus den von ihm producirten Beweismitteln der Richter die erforderliche Ueberzeugung nicht geschöpft habe, sondern den, daß, wenn der Richter überhaupt auf die gesetzmäßige Weise, aus jenen Beweismitteln, die der Kläger für sich geltend machen darf, keine juridische Ueberzeugung zu schöpfen vermöge; daß zu diesen Beweismitteln aber die in Folge der Realproduction gemeinschaftlich gewordenen gehören, versteht sich nach unserer Ansicht von selbst. Nach unserer Theorie wird also jener Grundsatz actore non probante etc. keineswegs außer Anwendung gesetzt, son-

dern umgekehrt mit dem Inhalte des Prinzips der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel in Uebereinstimmung gebracht. Endlich schreiben gerade jene reichsgesetzliche Bestimmungen, aus welchen Hesse argumentirte, daß die Regel testes et documenta etc. den Gesetzen widerspreche, ja ausdrücklich vor, daß der Beweis der Klage und der Einreden, nach dem Prinzip der Eventualmaxime so vorgebracht und verhandelt werden soll [20], daß die Zufälligkeit, von der keine Rechtszuständigkeiten sollen abhängig gemacht werden, gesetzlich nicht vorkommen kann. Ganz von selbst versteht sich aber, daß, wenn der eine Theil nicht zu rechter Zeit seine Beweismittel producirt, sie auch für den Gegner nicht gemeinschaftlich werden, und alsdann dem einen Theile so wenig als dem andern Nutzen gewähren.

b) Auch für den Fall, daß der Kläger zwar Beweis angetreten, denselben aber unvollständig geführt (erbracht) hat, räumt Hesse dem Kläger das Recht nicht ein, zur Vervollständigung seines Beweises auf die von dem Beklagten zur Führung des indirecten Gegenbeweises gebrauchten Beweismittel Bezug zu nehmen. Aber es dürfte hierbei übersehen seyn, daß ein großer Unterschied zwischen einem nicht angetretenen, und einem ganz und einem theilweise verfehlten Beweise liegt; da, wenn Beweis gar nicht angetreten wurde, der Beweis desert ist, also die Befugniß, das thema probandum juristisch wahr zu machen, verloren gegangen, was in den beiden andern Fällen nicht der Fall ist, wie früher schon angeführt wurde. Und da die Benutzung der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel nicht in der Anwendung eigener, während des peremtorischen Beweistermins beizubringender, sondern gegnerischer zeitig producirter Beweismittel besteht, so kann die peremtorische Eigenschaft des Beweistermins auch hier nicht in der Weise, wie Hesse voraussetzt, ein Hinderniß seyn.

---

20) Die nähere Ausführung hierüber findet sich in einem Aufsatze von mir in diesem Archiv XII. S. 1. f. und Albrecht die Ausbildung des Eventualprincips, Marb. 1837. S. 51 f.

4) Wenn ſodann Heſſe [21]) ferner bemerkt, daß auch dann, wenn die Zeugen oder Urkunden des Klägers und Producenten ſich über eine Einrede verbreiten, die nicht vorgeſchützt, oder über die kein Beweis angetreten iſt, das Axiom testes et documenta etc. nicht zur Anwendung kommen könne; ſo ſind wir damit zwar vollkommen einverſtanden, erinnern uns aber nicht, daß man das Axiom dafür hätte zur Anwendung bringen wollen. Wenn indeſſen über ſolche wirklich vorgeſchützte Einreden Beweis gehörig angetreten, aber ganz oder theilweiſe verfehlt wurde, dann tritt die Wirkſamkeit der Gemeinſchaftlichkeit zum Nutzen des Beklagten in demſelben Umfange und aus denſelben Gründen ein, wie beim Kläger; denn die rechtlichen Beziehungen beider ſtreitenden Theile ſind in dieſer Hinſicht gleich.

Die Bemerkungen, welche Heſſe darüber vorträgt: daß auch nicht nach dem Grundſatze judici fit probatio, der Richter eine Benutzung der Beweismittel im Sinne des Prinzips der Gemeinſchaftlichkeit deſſelben eintreten laſſen dürfe [22]), beruhen ſämmtlich wieder auf der in Conteſtation ſtehenden Frage über die rechtliche Exiſtenz unſeres Axioms; denn wir ſind mit Heſſe darin vollkommen einverſtanden, daß nur dasjenige Material, welches durch ordnungsmäßige, nicht unförmliche verſpätete Beweisantretung integrirender Theil der Acten geworden iſt, und worauf die Partheien ſich zu beziehen das Recht haben, berückſichtigt werden kann; aber wir behaupten auch, daß in Gemäßheit des Grundſatzes der Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel, dieſe nach der Realproduction gegenſeitig von den Partheien benutzt werden dürfen, und daß, wenn dieſes geſchieht, das in den Beweismitteln liegende Material rite zur Kenntniß des Richters kommt; denn wir halten den Producenten befugt, ſich auf dasjenige, was die Beweismittel des Producenten zu ſeinen Gunſten ergeben, zu

21) Archiv a. a. O. S. 23.
22) Archiv a. a. O. S. 25.

berufen, blos aus dem Grunde der Gemeinschaftlichkeit. Ueber die am Schluß seiner Abhandlung von Hesse hervorgehobenen Bemerkungen erlauben wir uns gleichfalls einige erläuternde Aeußerungen:

Die Ansicht, daß beim Zeugenbeweise der Fall nicht leicht vorkommen werde, daß die Beweiszeugen über den indirecten Gegenbeweis oder die Zeugen des Excipienten über den Klaggrund deponiren, wofern der abhörende Richter seiner Directorialpflicht genüge, können wir nicht theilen. Wenn auch die Frage an sich mehr factischer als juristischer Natur ist, so scheint doch die dabei aufgestellte Ansicht von der richterlichen Directorialpflicht diese in zu enge Schranken gebannt zu haben. Wir müßten tief in die Lehre von den Beweisartikeln und Fragstücken eingehen, um nachzuweisen, wie eine durchaus gesetzmäßige Abfassung dieser schon ein recht ausgiebiges Material für eine nutzbringende Anwendung des Axioms testes per productionem etc. darbieten können. Reicher noch kann dieses werden durch ein durchaus pflichtmäßig ausgeübtes Fragerecht des Richters, denn daß dieses viel weiter reicht, als es Hesse in der Directorialpflicht zugesteht, ist insbesondere von Mittermaier nachgewiesen [23]; und die Behauptung: daß der Richter die Aussagen eines Zeugen, welche, wenn er über den Klaggrund vernommen wurde, sich über den Grund einer Einrede verbreitete, und umgekehrt, zurückweisen, nicht in das Protokoll aufnehmen, und davon keinen rechtlichen Gebrauch machen werde, ist in dieser Allgemeinheit gewiß nicht zu rechtfertigen [24]. Der Versuch, diese An-

23) In diesem Archiv B. 5. S. 184. f. S. auch Puchta Prozeßleitungsamt. Giesen 1836. S. 99. f.

24) S. z. B. selbst Strube R. B. IV. 199. (Ausg. v. Spangenberg III. S. 364.), der bemerkt: daß nach der k. hannöv. U. G. O. v. 1827 auch das ungefragt abgelegte Zeugniß gültig seye, da her §. 72 derselben verordne, daß der Zeuge zu einer zusammenhängenden Angabe dessen, was ihm von dem Gegenstande des Rechtsstreits und den Punkten, auf welche es in seiner Vernehmung ankomme, verpflichtet sei.

ſichten hier näher zu begründen, würde zu weit von dem Ziele unſeres Gegenſtandes abführen, und wir erinnern nur noch daran, daß nach dem Prinzip der Gemeinſchaftlichkeit es den ſtreitenden Theilen frei ſteht, die in den gegneriſchen Beweis mitteln enthaltenen, ihnen günſtigen Beweis gründe vollſtändig zu benutzen, wenn es deshalb auch richtig iſt, daß ſich nicht annehmen läßt, daß der Kläger oder Beklagte beabſichtige, für ſeinen Gegner Beweis zu führen, ſo folgt daraus aber nicht, daß nicht die Beweismittel über jene Abſicht hinaus Beweisgründe darbieten, und dieſe, freilich ſehr gegen Abſicht und Wunſch des Producenten, dem Producten dienen können; und ob ſie dazu dienen dürfen, daß iſt immer hier die Streitfrage, und ſtets beruhen die Verneinungen auf bittweiſe angenommenen Gründen, wenn nicht erſt evident die Ungültigkeit des Axioms testes et documenta etc. bewieſen iſt.

Ueber die den Urkundenbeweis betreffenden Schlußbemerkungen [25]) finden wir keine beſondere Veranlaſſung, hier prüfende Gegenbemerkungen auch nur anzudeuten, da ihr Inhalt nicht enge mit Bedeutung und Anwendung unſeres Axioms zuſammenhängt.

Nachdem wir nun den Verſuch, das fragliche Axiom gegen die neuere Angriffe in Schutz zu nehmen, vollendet haben, fügen wir ſchließlich noch hinzu:

1) Schon an einem andern Orte [26]) haben wir bemerkt, daß kein Grund vorhanden ſei, die Gemeinſchaftlichkeit der Beweismittel auf Zeugen und Urkunden zu beſchränken, wohl aber Grund vorliege, dieſelbe auf Sachverſtändige auszudehnen. Denn es tritt hierbei durchaus derſelbe Grund ein, und die geſetzlichen Anhaltspunkte für die Gemeinſchaftlichkeit ſind ſo weit reichend.

2) Der Grund dafür, daß die Gemeinſchaftlichkeit des Beweismittels erſt mit der ſ. g. Realproduction eintreten ſoll,

---

25) Archiv a. a. O. S. 28 f.

26) Lehrb. des Civilproz. §. 251. N. 4.

liegt darin, daß man annimmt, mit dieser habe der Producent von dem Beweismittel eigentlich erst Gebrauch gemacht [27]). Neuere Gesetze sind aber mit Recht weiter gegangen, und haben die Gemeinschaftlichkeit allgemeiner eintreten lassen. Da wir die interessanteren schon an einem andern Orte zusammengestellt haben, so reicht hier eine Verweisung darauf hin [28]).

Zur näheren Gegenüberstellung der Resultate dieser Entwicklung mit der von Hesse, heben wir folgende Sätze hervor:

1) Der Satz testes et documenta etc. ist zwar nicht wörtlich in Gesetzen aufgestellt, aber aus gesetzlichen Bestimmungen abzuleiten, sonach auch

2) mit Grundsätzen, die gesetzlich und doctrinell fest stehen, in vollkommenem Einklange.

3) Die Folgerungen, welche die bessere Doctrin und Praxis aus dem Axiom gezogen hat, können nicht beanstandet werden, und sie lassen sich theilweise freilich auch aus jenen anerkannt richtigen und unbestrittenen Prinzipien herleiten, welche dem Axiom selbst zur Grundlage dienen.

4) Die Bestimmungen das J. R. A. und die peremtorische Natur des Beweistermins kommen mit dem Axiom und seinen Ableitungen niemals in Widerspruch.

5) Die für den Klagegrund producirten Beweismittel dürfen zur Unterstützung des Einredebeweises, und umgekehrt, unter Umständen benutzt werden.

6) Die Folgen der Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel treten nach der allgemein recipirten Lehre mit der Realproduction ein.

7) Das Axiom hat nicht blos bei Zeugen- und Urkundenbeweis, sondern auch beim Beweise durch Sachverständige Anwendung.

27) S. auch Motive z. d. Gesetzb. f. d. Großherzogthum Hessen über d Verf. in bürgerl. Rechtsf. Heft. 1 S. 106 zu Art. 38.

28) Zeitschr. f. C. u. P. V. S. 402 — 408.